

**SENTENÇA JUDICIAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO:
EFEITOS DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE
DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

DANIELA MAIA BARUZZI

BRASÍLIA

2013

DANIELA MAIA BARUZZI

**SENTENÇA JUDICIAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO:
EFEITOS DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE
DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisitos
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Professora Christine Oliveira
Peter da Silva.

BRASÍLIA

2013

DANIELA MAIA BARUZZI

**SENTENÇA JUDICIAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO:
EFEITOS DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE
DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisitos
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário de Brasília
– UniCEUB.

Orientadora: Professora Christine Oliveira
Peter da Silva.

Brasília, ____ de _____ de ____.

Banca examinadora

Professora Christine Oliveira Peter da Silva
Orientadora

Examinador

Examinador

*À minha família, que sempre me acompanhou
e apoiou, sem medir esforços para realização dos
meus sonhos.*

RESUMO

Diante da ausência de um entendimento consolidado entre os membros do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito de suas decisões no controle da omissão constitucional, o presente trabalho tem como objeto de estudo a teoria da resolutividade, como sendo a mais adequada no contexto do Estado Constitucional. A relevância do tema encontra-se na importância de dar efetividade aos direitos obstados por uma omissão inconstitucional, sem ferir o disposto na Constituição Federal de 1988, em especial o princípio da separação dos poderes. Pretende-se fazer uma análise da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, para perceber que o Estado Constitucional não é caracterizado somente por uma plena normatividade, mas também por uma Constituição capaz de garantir os direitos fundamentais. O presente trabalho estuda também o constitucionalismo dirigente apresentado por Canotilho, pois a Constituição Dirigente não se contém em dispor sobre instruções políticas, mas carrega em seu conteúdo diretrizes a serem seguidas pelo Estado, para que ele possa cumprir as normas de direitos fundamentais. Após essas análises, trata-se acerca da teoria da omissão inconstitucional e sobre a dogmática processual de dois instrumentos jurídicos presentes na Constituição brasileira responsáveis pelo controle dessas omissões: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Em seguida, o trabalho expõe as teses jurídicas presentes no Brasil sobre os efeitos da decisão do Poder Judiciário proferida em mandado de injunção, bem como aborda a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção, momento esse em que é possível perceber a existência de uma divergência sobre a posição a ser adotada. A conclusão final desse trabalho é de que a teoria da resolutividade é a mais adequada no contexto do Estado Constitucional, pois essa é a única posição que permite que o Poder Judiciário possa exercer o resguardo dos direitos e garantias fundamentais sem ferir o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Constitucionalismo dirigente; omissão constitucional; mandado de injunção; Teoria da resolutividade.

ABSTRACT

In view of the absence of a consolidated understanding among the members of the Supreme Court about the effect of their decisions on the control of constitutional omission, this study aims to study the theory of problem solving, as being the most appropriate in the context of the Constitutional State. The relevance lies in the importance of giving effect to the rights impeded by an unconstitutional omission without hurting the Constitution of 1988, in particular the principle of separation of powers. This study will analyze the passage of the Right State to the Constitutional State, to realize that the Constitutional State is characterized not only by a full normativity, but also by a constitution capable of guaranteeing fundamental rights. This work also studies the ruling constitutionalism developed by Canotilho, because the ruling Constitution doesn't contain only political instructions, but also guidelines to be followed by the State, so that it can fulfill the standards of fundamental rights. After these analyses, it is treated about the theory of unconstitutional omission and the dogmatic procedure of two legal instruments, present in the Brazilian constitution, responsible for the control of these omissions: the action of unconstitutionality by omission and writ of injunction. Then the work exposes the legal arguments present in Brazil about the effects of the decision of the Judiciary issued on writ of injunction, and it addresses the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court about the legal nature of the court judgment on writ of injunction, when it is possible to understand the existence of a disagreement about what position should be adopted. The final conclusion of this work is that the theory of problem solving is the most appropriate in the context of the Constitutional State, because this is the only position that allows the judiciary to exercise the safeguarding of fundamental rights and guarantees without offending the principle of separation of powers.

Keywords: Constitutional Right; Constitutionalism leader; constitutional omission; writ of injunction; theory of problem solving.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DIRIGENTE.....	12
1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional.....	12
1.1. Da Primazia da Constituição.....	15
1.2. Da Interdependência Entre os Poderes.....	19
1.3. Da Proteção Objetiva dos Direitos Fundamentais.....	20
2. Do Estado Constitucional Dirigente.....	24
2.1. Teoria da Constituição Dirigente.....	24
2.2. Influência do Constitucionalismo Dirigente no Brasil.....	27
II. TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	31
1. A Omissão Inconstitucional e o Dever de Legislar.....	31
2. Mecanismos de Controle da Omissão Inconstitucional.....	35
2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	35
2.2. Mandado de Injunção.....	40

III. EFEITOS DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL.....	46
1. Correntes Doutrinárias.....	46
1.1. Teoria da Subsidiariedade.....	46
1.2. Teoria da Independência Jurisdicional.....	48
1.3. Teoria da Resolutividade.....	50
2. Jurisprudência do STF Acerca da Natureza Jurídica das Decisões Proferidas em Mandado de Injunção.....	53
3. A Teoria Mais Adequada no Contexto do Estado Constitucional.....	64
 CONCLUSÃO.....	 70
 REFERÊNCIAS.....	 72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle da omissão inconstitucional. Verifica-se que atualmente não existe uma harmonia entre os membros do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da decisão proferida em mandado de injunção, já que há divergência no sentido de adotar-se a teoria da independência jurisdicional ou a teoria da resolutividade. Apesar dos avanços promovidos pela jurisprudência da Suprema Corte, percebe-se uma incoerência no que diz respeito às duas últimas posições adotadas por esta Corte.

Diante dessa situação, observa-se que muito ainda precisa ser construído nesta questão, já que os Ministros do Supremo Tribunal Federal ora entendem por adotar a teoria da independência jurisdicional, ora aplicam a teoria da resolutividade. Por isso, é possível verificar a necessidade de estudo da evolução da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção, objeto do atual trabalho, já que a jurisprudência atual não apresenta uma interpretação consolidada sobre o assunto, e há necessidade de fixar compreensão sobre qual a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões de mérito que acolham o pedido do mandado de injunção que mais se adéqua no contexto do Estado Constitucional. Ressalta-se, ademais, que o tema em questão é interessante, de caráter nacional e com pouca discussão acadêmica.

A problemática a ser discutida no decorrer deste estudo envolve, portanto, a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza do mandado de injunção, a possibilidade de a decisão judicial, em mandado de injunção, ter efeitos *erga omnes*, bem como as dificuldades para adoção da teoria da resolutividade.

A metodologia a ser usada será a dogmático-instrumental, de forma que serão realizadas pesquisas bibliográficas de doutrina, legislação e jurisprudência brasileira, permitindo, então, o conhecimento do tema por meio do que já foi publicado, para que, em seguida, possa ser apresentado um novo enfoque sobre o mesmo. Também será feita uma pesquisa histórica de casos julgados pela Suprema Corte brasileira, a fim de demonstrar as mudanças de entendimento da mesma sobre o assunto.

Por meio desta pesquisa, será possível comparar as diferentes posições doutrinárias brasileiras acerca dos efeitos da decisão judicial em mandado de injunção, analisar a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como identificar os princípios constitucionais envolvidos, para então ser possível compreender como evoluiu o entendimento da Suprema Corte sobre essa natureza jurídica e quais as dificuldades para adoção da teoria da resolatividade, posição mais correta a ser adotada por essa Corte nas decisões que apreciam o mandado de injunção.

O marco teórico adotado é o Estado Constitucional dirigente, sob a visão de Pérez Luño¹ e José Joaquim Gomes Canotilho², onde é possível vislumbrar que o Estado Constitucional contemporâneo não é caracterizado somente por uma plena normatividade, mas também por uma Constituição capaz de garantir os direitos fundamentais. As normas definidoras dos direitos fundamentais obrigam o Estado a materializar seu conteúdo, de forma que o poder público deve proteger o exercício desses direitos, e exigir providências, principalmente, quando houver inércia do Poder Público. Nesse contexto, o constitucionalismo dirigente desenvolvido por Canotilho se mostra apropriado, pois a Constituição Dirigente não se contém em dispor sobre instruções políticas, mas carrega em seu conteúdo diretrizes a serem seguidas pelo Estado, para que ele possa cumprir as normas de direitos fundamentais.

O primeiro capítulo fornece uma visão da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, momento esse de evolução do Estado, que passou a exigir uma obediência direta à uma Constituição, uma interdependência dos Poderes, a garantia de direitos fundamentais subjetivos e objetivos e também um controle de constitucionalidade.

Ainda nesse primeiro momento, abordar-se-á o constitucionalismo dirigente. A constituição dirigente é composta de normas e princípios que ditam tarefas a serem seguidas pelo Estado, vinculando, dessa maneira, o legislador, os cidadãos e o

¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

próprio Estado. Ademais, será analisada aqui a grande influência dessa Constituição dirigente na Constituição brasileira, que é carregada de normas programáticas e dotada de instrumentos que visam afastar as omissões legislativas.

Posteriormente, o segundo capítulo tratará sobre a teoria da omissão inconstitucional, bem como a dogmática processual de dois instrumentos jurídicos presentes na Constituição brasileira responsáveis pelo controle dessas omissões: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Apesar de haver um paralelismo entre esses institutos, já que ambos visam dar efetividade a uma norma constitucional em virtude de lacuna na legislação, a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são instrumentos bem diferentes. Entre as diversidades, percebe-se que enquanto o primeiro desses instrumentos tem a finalidade de sanar a omissão legislativa, preenchendo as lacunas normativas, o segundo busca não somente definir a norma reguladora faltante, mas também tornar possível o exercício dos direitos fundamentais obstados pela ausência da norma.

Em seguida, no terceiro capítulo serão expostas as diversas teses jurídicas presentes no Brasil sobre os efeitos da decisão do Poder Judiciário proferida em mandado de injunção, quais sejam a teoria da subsidiariedade, a teoria da independência jurisdicional e a teoria da resolutividade.

Diante disso, também será abordada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção a partir de acórdãos proferidos, demonstrando a ausência de entendimento consolidado sobre o assunto e destacando a alteração ocorrida com o julgamento em 2007 do direito de greve dos servidores públicos.

Ao final, ocorrerá uma discussão no sentido de ser a teoria da resolutividade a mais adequada ao contexto do Estado Constitucional, desenvolvendo-se também uma análise de quais os princípios constitucionais estão envolvidos na definição da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção, bem como dos limites de atuação jurisdicional da Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal e que se vê diante da obrigação de editar normas diante da omissão do poder público.

De tal modo, convido o leitor a participar deste estudo sobre a evolução da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção.

I. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E DIRIGENTE

1. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

O positivismo jurídico do século XIX foi o ambiente teórico em que nasceu o Estado de Direito, como tentativa de refrear o despotismo monárquico nos Estados. Ocorreu, assim, a substituição da supremacia da vontade pessoal do monarca pela vontade do povo, representado agora pelo Parlamento. Ainda, foi materializada uma Constituição, concebida como mecanismo essencial de equilíbrio entre poder e liberdade.³

Dessa maneira, no Estado de Direito o poder passou a estar subordinado às leis, e não mais à vontade do monarca⁴. Passou-se a ver a lei como soberana, representadora da vontade máxima do Estado, devendo ser as demais fontes normativas adequadas a ela. Nessa concepção, a juridicidade do Estado de Direito se traduz ao disposto em lei⁵, de forma que os governantes e governados encontram-se igualmente subordinados e limitados estritamente com esta.

O Estado de Direito é, ainda, um Estado Liberal, pois se preocupa com a proteção da ordem e segurança pública, bem como com o respeito da liberdade individual, garantidos em lei. Os cidadãos são autônomos, de forma o Estado só pode intervir sobre sua liberdade ou propriedade se houver uma lei aprovada pelo Parlamento que o permita.⁶

³ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p.28.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p.28.

⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 2-10.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coibra: Almedina, 2010, p. 97.

Assim, percebe-se que no Estado de Direito os atos do poder público devem estar subordinados à lei e os cidadãos podem defender seus direitos subjetivos perante tribunais independentes⁷. Além disso, nesse Estado existe uma separação estática dos poderes, que gera a responsabilização dos titulares do poder, bem como o controle de legalidade dos atos normativos.⁸

Constituído o Estado de Direito, ordens jurídicas paralelas ao Estado⁹ (chamado de pluralismo jurídico), criadas por ordens de poder infra e supra-estatais, surgiram, o que causou uma instabilidade jurídica aos cidadãos e juristas. Ao mesmo tempo, com o término da segunda guerra mundial sobreveio uma preocupação com os direitos fundamentais com a finalidade de resguardar a dignidade humana. Assim, diante desse contexto, passou-se a questionar a eficiência do Estado de Direito, focalizado em uma norma jurídica extremamente formal e abstrata, até que se tornou inconcebível a manutenção da hierarquia das leis em relação a todas as demais fontes normativas.¹⁰

É nesse cenário que nasce o neoconstitucionalismo e o Estado Constitucional substitui o Estado de Direito¹¹. A Constituição se torna a fonte jurídica máxima do Estado, passando a ser o parâmetro de validade jurídica de todas as normas do ordenamento jurídico. Incumbe à Constituição dispor acerca dos direitos, liberdade e

⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p.6.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 250.

⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p.3.

¹⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p. 3-12.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 23 mai. 2013.

garantias individuais¹² que se encontram asseguradas em seu texto como direitos fundamentais e princípios jurídicos orientadores do direito.¹³

Importante ressaltar, ainda, que o processo de decantação terminológica entre “Estado de Direito” e “Estado Constitucional” foi feita por doutrinadores alemães na década de setenta. Entretanto, esses constitucionalistas não inventaram a expressão “Estado Constitucional”, pois teorias constitucionais clássicas já empregavam tal terminologia. Dessa maneira, é possível perceber que o Estado Constitucional não é uma inovação, mas somente passou a ser compreendido como um paradigma alternativo ao Estado de Direito, que somente ganhou força nos últimos tempos¹⁴. Hoje, o Estado Constitucional acompanha as mudanças que ocorrem no sistema normativo constitucional e supre as necessidades que surgem com o passar do tempo.¹⁵

Importante anotar que o Estado Constitucional tem como característica principal a supremacia direta da Constituição, de modo que para as normas serem válidas, estas devem ser compatíveis com o texto constitucional. Dessa forma, se a norma for inconstitucional, deve ser erradicada do sistema normativo, sendo inaceitável sua aplicação no ordenamento jurídico.¹⁶

Ainda, o Estado Constitucional é aquele onde o exercício do poder político é dividido entre órgãos autônomos e harmônicos, ou seja há uma interdependência de poderes; em que a lei produzida deve ser respeitada por todos; aquele onde os cidadãos, titulares de direitos, podem opô-los ao próprio Estado¹⁷.

¹² ROCHA, Carmen Lucia Antues. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: LE, 1991, p. 28.

¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p. 4.

¹⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 58.

¹⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 58.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 244.

¹⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p. 6.

Percebe-se que o Estado Constitucional também tem como pilares o controle de constitucionalidade dos atos normativos e a garantia de direitos fundamentais no plano objetivo e subjetivo. Além disso, não somente leis, mas os princípios, valores e fatores sociais convivem no mundo jurídico e tem influência direta na produção do direito nesse Estado.¹⁸

Dessa maneira, a concretização do Estado Constitucional não foi somente uma conquista advinda de um processo de transformação, mas uma ruptura do paradigma do Estado de Direito. Enquanto o Estado de Direito, como já dito, exige um controle de legalidade, a separação estática dos Poderes e a garantia, tão somente, dos direitos subjetivos fundamentais, o Estado Constitucional, tem como fundamentos a interdependência entre os Poderes, a garantia dos direitos fundamentais objetivos e subjetivos, a efetivação do controle de constitucionalidade, e, sobretudo a defesa da Constituição.¹⁹

De acordo com Antonio-Enrique Pérez Luño, a transformação do Estado Constituição a partir do Estado de Direito pode ser compreendida com base em três acontecimentos: o deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição, o deslocamento da reserva legal para a reserva da Constituição e o deslocamento do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade.²⁰

1.1. Da Primazia da Constituição

Para que seja possível a compreensão do deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição, deve-se ter em mente que a supremacia da lei é pilar fundamentador do Estado de Direito. Dessa forma, as outras fontes normativas são simplesmente subsidiárias à fonte normativa suprema, ou seja, à lei. A lei no

¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p.6.

¹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p. 6-9.

²⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 61.

Estado de Direito é a vontade máxima do Estado, que tem o sistema normativo como maneira de desempenhar sua soberania de forma completa.²¹

Desse contexto presente no Estado de Direito, surge o pluralismo com o intuito de resistir à supremacia da lei em relação a outras fontes normativas. O pluralismo permite uma maior liberdade das estruturas sociais e provoca a extinção das ideias de monopólio e hierarquia normativa, bem como revogou por completo a supremacia da lei.²²

Esse pluralismo vem se expandindo nos dias atuais, de forma que cada vez mais se abandona o princípio da hierarquia normativa em decorrência do sistema de integralidade, o que torna possível a inter-relação de diversas áreas e níveis jurídicos. Observa-se, então que a integralidade é um fenômeno do contemporâneo pluralismo jurídico, que traduz a substituição da hierarquia das normas por formas de legalidade exclusivas de um ordenamento jurídico difuso, em que as fontes normativas atuam a partir de critérios horizontais de hierarquia, e não verticais.²³

Assim, diante da ameaça de acabar com a coerência, unidade, e hierarquia do sistema das fontes do direito, passou-se a olhar a Constituição de outra forma, e é nesse contexto que ocorre o deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição, e, conseqüentemente, a superação do Estado de Direito para o Estado Constitucional.²⁴

Essa superioridade da Constituição como forma máxima do ordenamento jurídico garante que todas as demais normas somente serão válidas se estiverem em conformidade com seu conteúdo, de forma que se contrariarem o texto constitucional devem ser declaradas nulas. Nesse panorama, a lei, antes o único

²¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 61-62

²² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 65.

²³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 66.

²⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 66.

parâmetro para as outras fontes normativas, é destituída pela Constituição, que se tornou o novo objeto de medição no ordenamento jurídico.²⁵

Ao falar em deslocamento da reserva legal para a Constituição, Pérez Luño narra que o princípio da reserva legal, consequência da separação de poderes defendida por Montesquieu, que conferia ao Parlamento o direito de decretar normas capazes de garantir os aspectos básicos dos cidadãos, é uma das bases do Estado de Direito.²⁶

Ainda de acordo com o jurista, essa reserva legal é abrangida por uma dupla garantia: supõe, de um lado, que as matérias jurídicas mais importantes só podem ser reguladas por lei, ou seja, não podem ser ordenadas por normas de classe inferior a esta, entretanto, implica uma auto-limitação ao legislador, isto é, este reserva à lei o essencial, sem recorrer a ela mais do que o necessário.²⁷

Com a substituição do Estado Liberal pelo Estado social de direito, o Estado passou a ter a finalidade de, por meio de uma intervenção social, cultural e econômica, garantir o desenvolvimento do indivíduo. Assim, esse Estado social de direito teve que lidar com um acréscimo série de atos e intervenções normativas. Em decorrência desse fato, surgiu a chamada “*hipertrofia legislativa*”, determinada por um crescimento sem limites das normas legais, que rompeu o equilíbrio entre a produção normativa e a capacidade de sua aplicação.²⁸

Essa inflação legislativa foi seguida por um grande prejuízo da estrutura formal das normas legais, tendo em vista que, apesar do aumento do número de leis, estas, por seu grau elevado grau de prolixidade e de complexidade, tornaram

²⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 66-67.

²⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 67.

²⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 69.

²⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 70.

inviáveis a compreensão e aplicação do direito pelos cidadãos, juristas e pelo próprio legislador.²⁹

Diante desse contexto, ocorre uma transformação do Estado que, antes, primava pela reserva legal, mas que, depois, passou a primar pela reserva da Constituição. Nesse sentido, ressalta Pérez Luño, que na reserva da constituição ao legislador não é permitido invadir o papel que pertence ao constituinte, mas sim buscar a concretização dos direitos e garantias fundamentais.³⁰

O terceiro acontecimento que explica a evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional, de acordo com o doutrinador, é o deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade, que cede lugar a uma Constituição vinculante e reconhece a força normativa das normas constitucionais.³¹

No Estado Constitucional, Estado das modernas sociedades pluralistas, existem fatores e interesses sociais heterogêneos que influenciam na produção do direito como ciência. Diante disso, o Estado Constitucional, juntamente com seus próprios postulados, demanda ao intérprete da Constituição uma postura aberta, que faça com que o monopólio das fontes seja substituído por um pluralismo metódico. Esse fato influencia diretamente a interpretação constitucional do Estado das sociedades pluralista, que sempre aparece aberta a inovações, num processo contínuo e dinâmico em alternativas práticas e pensamento crítico de possibilidades, longe de ser estagnada como uma categoria fechada.³²

Pode-se verificar que a Constituição passa a desempenhar um papel basilar na composição do Estado Constitucional, de forma que os elementos desse Estado, quais sejam o povo, a soberania e o território, se amoldam a um novo contexto

²⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 70.

³⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 71.

³¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 71.

³² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002, p. 67.

social. Todos esses elementos estatais estão, portanto, vinculados à Constituição, que deve estar integrada com a realidade, de forma a acompanhar as mudanças sociais, a revalorização dos princípios do direito e a efetivação dos direitos fundamentais.³³

1.2. Da Interdependência Entre os Poderes

O Estado Constitucional, além de buscar a garantia dos direitos fundamentais e a soberania popular, tem como princípio fundamental a separação harmônica dos Poderes.³⁴

A separação de poderes, originada pelo iluminismo do século XVIII, nasceu com a tentativa de atribuir limites ao poder absoluto do monarca. O desmembramento do poder buscava não só reprimir o poder estatal, mas, além disso, garantir a liberdade política³⁵. A separação do poder é o maior meio de proteger e garantir as liberdades individuais frente ao Estado.³⁶

Por isso, o poder do Estado é dividido em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma que a liberdade do homem estaria em perigo caso esses três poderes se concentrassem em uma só pessoa.³⁷

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da separação dos Poderes em seu artigo 2º, declarando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como independentes, de forma que cada um deles está limitado e aparelhado por meio da atribuição de funções, repartição de competências e responsabilidade previamente determinadas.³⁸

³³ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em 21 de mai. 2013.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 87.

³⁵ BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Pillares. 2004, p. 29.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 134-148.

³⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004, p. 276.

³⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004, p. 276-278.

Entretanto, apesar dessa separação orgânica, os Poderes devem ser harmônicos e recíprocos. Ora, a própria Constituição atribui funções atípicas aos três Poderes do Estado, o que demonstra que apesar de serem independentes, não podem ser incomunicáveis³⁹, mas pelo contrário, devem ter uma relação de cooperação para que haja um equilíbrio do poder.⁴⁰

Dessa maneira, essa independência não é absoluta. Os poderes, em relação ao cumprimento de suas obrigações, devem interferir e vigiar uns aos outros, evitando o arbítrio estatal. Portanto, essa separação de poderes deve sempre ter em vista a noção de freios e contrapesos.⁴¹

Verifica-se, assim, que o Estado Constitucional contemporâneo não aceita mais a rigidez da separação de poderes. O princípio da separação de poderes não deve ser entendido na rigidez absoluta que historicamente deu origem ao seu surgimento. Deve-se atualizar tal princípio, de modo a harmonizar a eficiência do Estado com a salvaguarda das liberdades constitucionais.⁴²

Em outras palavras, o Estado Constitucional exige uma atuação compartilhada dos três poderes, que devem obrigar-se da mesma forma, com postura ativa, garantindo aos cidadãos os direitos que lhe são assegurados na Carta Magna.⁴³

1.3. Da Proteção Objetiva dos Direitos Fundamentais

³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004, p. 276-278.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 134-148

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 251.

⁴² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004, p. 276-278.

⁴³ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>. Acesso em 31 de mai. 2013.

De acordo com Pérez Luño, “o Estado Constitucional de direito não anula senão que aperfeiçoa o Estado legal de direito”⁴⁴. O Estado Constitucional hoje não é caracterizado somente pela plena normatividade, mas sim por uma constituição capaz de vincular a ela os atos da administração pública e de garantir os direitos fundamentais.

No Estado Constitucional contemporâneo há uma abertura das fontes do Direito, que passam a compreender não somente as regras jurídicas, mas também os princípios jurídicos constitucionais. Procura-se proteger cada vez mais os direitos fundamentais, que se apresentam não somente como direitos subjetivos, mas também na qualidade de direitos objetivos, critério de constitucionalidade para as leis e demais atos normativos.⁴⁵

Os direitos fundamentais, no Estado de Direito clássico, são direitos subjetivos, compreendidos em dispositivos constitucionais, com o escopo de limitar o exercício do poder do Estado em detrimento da liberdade individual⁴⁶. Entretanto, com o nascimento do Estado Constitucional, sobreveio uma perspectiva objetiva desses direitos. Assim, os direitos fundamentais não devem restringir-se a uma perspectiva subjetiva, mas devem ser garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional⁴⁷.

Os direitos fundamentais objetivos são valores existentes na sociedade moderna, que não se restringem mais em proteger o indivíduo do Estado, por outro lado, esses direitos passaram a ser valores essenciais da sociedade. Verifica-se, portanto, que apesar de ter sido preservada a defesa dos direitos subjetivos, há uma prioridade em garantir a liberdade para todos⁴⁸. Em outras palavras, os direitos

⁴⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p.12.

⁴⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009, p.5.

⁴⁶ LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estudo constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009, p. 119.

⁴⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-160.

fundamentais, ao adquirirem a perspectiva objetiva, passam a ser um conjunto de valores objetivos fundamentais e fins diretivos da ação positiva do poder público, não são mais somente garantias de interesses individuais⁴⁹.

A concepção objetiva exprime ao mesmo tempo uma ordem de valores fundamentais objetiva e um reconhecimento de efeitos jurídicos independentes para além da concepção subjetiva. Essa concepção objetiva evidencia que a concretização dos direitos subjetivos individuais está vinculada, de certo modo, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se está inserido e da qual não pode ser dissociado⁵⁰.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais pode ser desdobrada no que diz respeito efeito dirigente que esses direitos provocam em relação ao Estado, encarregando-o da função de materializar seu conteúdo⁵¹. As normas definidoras dos direitos fundamentais obrigam o poder público à realização desses direitos, atribuindo tarefas ao Estado. Esses direitos constitucionais, por formarem valores e princípios essenciais, atuam no controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, devendo, portanto, serem observados por todo o ordenamento jurídico.⁵²

Esse desdobramento da concepção objetiva dos direitos fundamentais foi concebido a partir de sua aceção valorativa, advindo da idéia de que a teoria constitucional deve manifestar uma integração do texto e programa normativo com a realidade constitucional normatizada⁵³. Ora, o Estado Constitucional não pode ser

⁴⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁵⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁵¹ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161-162.

⁵³ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

visto como absoluto, pois ele não está reduzido à norma, por outro lado, é a soma da norma ao contexto fático em que está inserido⁵⁴.

Entretanto, apesar de os direitos fundamentais serem compreendido como uma ordem de valores objetiva, importante evidenciar sua força jurídica autônoma, a qual diz respeito à sua eficácia irradiante. Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais, em sua concepção objetiva, viabilizam diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que indica uma necessidade de interpretação conforme esses direitos.⁵⁵

No que diz respeito à eficácia irradiante, é possível perceber a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Essa eficácia horizontal traduz a idéia de que os direitos fundamentais tem força também na esfera privada, não sendo direitos exigíveis somente ao Estado⁵⁶.

Os direitos fundamentais objetivos são, portanto, obrigações do Estado, de forma que ele deve resguardar os direitos fundamentais individuais contra agressões dos poderes públicos, bem como contra abusos cometidos na esfera privada. Deve o Estado, portanto, proteger de efetivamente o exercício dos direitos fundamentais⁵⁷.

Nesse sentido, surge o Estado Constitucional para equilibrar a sociedade econômica e socialmente, de forma a proteger os cidadãos contra abusos estatais e exigir providências, principalmente quando há uma inércia do Poder Público. A Constituição dirigente se mostra apropriada a esse, tendo em vista que não se contém em dispor sobre instruções políticas, por outro lado, carrega em seu

⁵⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p.2

⁵⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferras Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁵⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferras Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

⁵⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter; CARNEIRO, Gustavo Ferras Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55-71.

conteúdo diretrizes para que o Estado possa cumprir as normas de direitos fundamentais.⁵⁸

2. Do Estado Constitucional Dirigente

2.1. Teoria da Constituição Dirigente

A tese da Constituição dirigente foi elaborada pelo constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho em um contexto normativo-revolucionário⁵⁹. A Constituição Portuguesa de 1976 foi promulgada após a revolução portuguesa de 1974. Por isso, a mencionada Constituição possuía carga socialista e elevado conteúdo programático⁶⁰.

Diante desses fatos, os constitucionalistas tradicionais defendiam que a Constituição Portuguesa de 1976, possuía dois textos constitucionais: um liberal/democrático e outro dirigente/autoritário. Esses aludidos doutrinadores aduziam, ainda, que as normas dirigentes não teriam aplicação direta, tendo em vista serem apenas diretrizes, além de que não eram capazes de conformar a liberdade do legislador infraconstitucional⁶¹.

Nesse contexto, Canotilho trouxe sua idéia de Constituição Dirigente. Esse constitucionalista buscava uma integração da Constituição e tentava demonstrar o valor normativo da mesma, condenando a tese da não normatividade das normas programáticas⁶². O constitucionalismo dirigente retrata um Estado intervencionista,

⁵⁸ OLIVERIA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40-46

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. V-XXX.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4-12.

⁶¹ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996, p. 11.

onde a Constituição vincula a atuação dos poderes para garantir os direitos fundamentais, e não somente evitar a violação da autonomia individual.⁶³

A Teoria da Constituição Dirigente proposta por ele procura associar uma categoria de normas constitucionais a uma teoria das tarefas do Estado⁶⁴. Canotilho discute em sua tese o que uma constituição precisa determinar aos poderes públicos, e o que estes devem fazer para tornar efetivas essas prescrições constitucionais.⁶⁵

A constituição dirigente limita e condiciona a atividade do poder legislativo, porém suas determinações nem sempre são claras e indubitadas⁶⁶. Quando o legislador não cumpre as imposições constitucionais e acaba violando os direitos fundamentais, percebe-se, muitas vezes, que esse problema de violação foi causado pela inércia normativa dos órgãos de direção política⁶⁷.

Por isso, legislador está compelido a realizar as imposições constitucionais que carecem de normatização. Dessa maneira, é importante encontrar um modo de impedir que esse legislador delongue essas tarefas, bem como observar como ele deverá exercer a obrigação constitucional.⁶⁸

As normas programáticas, norteadoras das tarefas do Estado, apesar de serem princípios ou de normas abertas, ausentes de concretização, possuem força normativa vinculante no momento da interpretação constitucional⁶⁹. Para Canotilho,

⁶³ OLIVERIA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14-15.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996, p. 11.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 11.

⁶⁶ OLIVERIA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375-376.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 363-365.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 256.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 465.

as normas programáticas não eram meras declarações ou simples programas, desprovidas de qualquer vinculatividade, mas, pelo contrário, a elas “é reconhecido (...) um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição”⁷⁰.

O mencionado constitucionalista português afirmava que as normas programáticas vinculavam o legislador, de forma permanente, à sua realização. Ou seja, eram, portanto, imposições constitucionais⁷¹. Em outras palavras, as normas programáticas, de acordo com ele, possuíam uma eficácia vinculante e imediata, pois toda norma constitucional é sempre obrigatória, tendo em vista que derivam do Poder Constituinte, sendo dotadas, então, da suprallegalidade.⁷²

Entretanto, com o passar do tempo, a idéia do constitucionalismo dirigente vem perdendo força, a ponto de o próprio J. J. Gomes Canotilho rever sua antiga posição e afirmar que a constituição dirigente está morta. Conforme explica Canotilho, o direito não seria mais capaz de se regular sozinho, de forma autoritária e intervencionista. A Constituição teria que ceder perante os novos modelos políticos-organizatórios, adaptando-se aos novos planos normativos e às novas “associações abertas de estados nacionais abertos”.⁷³

Nesse sentido, Canotilho propôs o chamado constitucionalismo moralmente reflexivo, apontado que “um dos desafios com que se defronta (...) consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade”⁷⁴, dessa maneira, a lei dirigente deve dar espaço às necessidades globais. Ainda de acordo com Canotilho, vale ressaltar que:

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p. 42.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p. 42.

⁷² JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Ainda vive a Constituição Dirigente? *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 21. Jan. a fev. de 2003.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996, p. 7-17.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996, p. 16.

“Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação”.⁷⁵

Canotilho reforça a tese do moralmente reflexivo alegando que o direito constitucional deixou de ser uma disciplina dirigente para se tornar uma disciplina digerida. O constitucionalista português assevera que o constitucionalismo dirigente não se deu conta da complexidade da sociedade contemporânea e das implicações decorrentes das integrações entre as nações. Diante desses fatos, Canotilho afirma ser necessária uma nova Teoria da Constituição.⁷⁶

J. J. Gomes Canotilho diz, finalmente, que “a constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”.⁷⁷

2.2. Influência do Constitucionalismo Dirigente no Brasil

Entretanto, ao ponderar se a constituição dirigente realmente morreu, verifica-se a tese inicial de Canotilho foi voltada para a Constituição Portuguesa de 1976, a qual possuía uma função normativa-revolucionária. Todavia, essa não foi a realidade da Constituição Brasileira de 1988, a qual, diferentemente daquela presente nos países europeus, não possui um texto constitucional de caráter revolucionário⁷⁸.

A Carta Magna brasileira tem as características de uma Constituição dirigente, e isso fica claro a partir da leitura do preâmbulo, que diz que a mesma foi elaborada para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996, p. 17.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p. 43-45.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002, p. 46.

⁷⁸ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”.⁷⁹

Pode-se, então, dizer que, pelo menos para a realidade brasileira, a constituição dirigente ainda vive. Quando se fala em constituição dirigente no Brasil não se está sustentando um normativismo constitucional revolucionário. Essa Constituição Dirigente vincula o legislador às imposições prescritas na Constituição, pelo pretexto de que o Direito ainda é uma ferramenta de implementação de políticas públicas negligenciadas⁸⁰.

A Constituição brasileira de 1988 profere programas a serem seguidos pela sociedade e pelo Estado, não sendo, portanto, mera ferramenta do governo que determina competências e regula processos⁸¹. Seu texto foi inovador, pois expandiu o rol dos direitos fundamentais, acrescentando direitos sociais e econômicos. Além disso, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais foi incluído, de forma que aos cidadãos passaram a ter o direito de impor ao ente estatal a solidificação de seus direitos.⁸²

Essa importância atribuída aos direitos fundamentais com a publicação da Constituição Federal de 1988 foi um reflexo do constituinte ao regime de restrições das liberdades fundamentais. Importante ressaltar que três particularidades da Constituição de 1988 estão contidas em sua parte que trata dos direitos fundamentais: seu caráter dirigente e programático, seu pluralismo e sua índole analítica.⁸³

A índole analítica diz respeito a tudo que é considerado essencial pelo povo. O pluralismo da Constituição, por outro lado, é a aglomeração de dispositivos concedendo direitos sociais, e novos direitos de liberdade e políticos. Já o caráter

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 de mai. 2013.

⁸⁰ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

⁸¹ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

⁸² CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73-75.

programático e dirigente, consequência do elevado número de disposições que estão pendentes de regulamentação legislativa, é responsável por constituir programas a serem executados e garantidos pelo Estado.⁸⁴

A materialização dos direitos pelo poder público robustece a idéia de imprescritibilidade da participação do Estado. Assim, é possível observar que a Constituição brasileira de 1988 possui características de um Estado intervencionista, voltado à realização de políticas públicas e garantidor do bem-estar social.⁸⁵

Observa-se que as constituições contemporâneas encaram problemas ao tentar transformar os princípios em direitos acionáveis. A Constituição dirigente, apesar de assinalar a eficácia dos preceitos constitucionais tem dificuldade em definir medidas capazes de assegurar os direitos mais básicos contidos nas normas constitucionais.⁸⁶

No Brasil, o caráter dirigente e programático da Constituição enfrenta uma violenta resistência conservadora. Diferentemente do que ocorreu em Portugal, onde as reformas provocadas na Constituição de 1976 fizeram com que esse texto constitucional atingisse seus objetivos. Na Carta Magna brasileira, portanto, verifica-se a existência de preceitos não cumpridos. Assim, busca-se a efetivação dos direitos constitucionais assegurados ao cidadão e a transformação desses preceitos em instrumentos que impossibilitem a livre disposição da Constituição pelo Estado.⁸⁷

Diante desses fatos, percebe-se que países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento devem adotar uma teoria da Constituição dirigente própria de acordo com as particularidades de sua nação. Por isso, a Constituição dirigente não

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75-76.

⁸⁵ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

⁸⁶ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42-43.

⁸⁷ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

é culpada pela falta de compromisso dos agentes públicos, mas sim sua inadequação a determinado país.⁸⁸

Existe na Constituição Federal de 1988 um sentimento de decepção, pois seus preceitos só poderiam ser atingidos se as condições sociais brasileiras fossem outras.⁸⁹ Nesse contexto, o Poder Judiciário, em decorrência da inércia dos demais poderes, adquire um papel voltado à implantação da igualdade e respeito aos direitos fundamentais.⁹⁰

Três ferramentas de controle de constitucionalidade relevantes para a Constituição dirigente surgem com a promulgação da Constituição de 1988: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção⁹¹, sendo que os dois últimos serão analisados no capítulo seguinte.

⁸⁸ OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 442-448.

⁸⁹ OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 442-444.

⁹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

⁹¹ OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211.

II. TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

1. A Omissão Inconstitucional e o Dever de Legislar

A inconstitucionalidade é resultado de uma violação a norma constitucional, podendo ser positiva, quando é resultado de uma ação, ou negativa, quando é consequência de uma omissão. Importante ressaltar que a inconstitucionalidade por omissão é uma “anomalia resultante da abstenção em cumprir certos deveres constitucionais dirigidos à produção ou atualização de medidas necessárias para tornar plenamente efetiva determina norma constitucional”⁹². Dessa forma, a inconstitucionalidade por omissão não é consequência do simples não-fazer, mas à abstenção em efetivar medidas necessárias para tornar aplicável determinada norma constitucional.⁹³

Ainda, a inconstitucionalidade pode ser material, se o conteúdo da norma for contrário aos princípios e regras constitucionais, ou formal, se não estiver de acordo com o procedimento legislativo expresso na Constituição⁹⁴. Classifica-se, também, a omissão inconstitucional como sendo total ou parcial. A omissão total ocorre quando diante de uma obrigação concreta de efetivar a aplicação de uma norma constitucional, não se toma nenhuma providência. Entretanto, será parcial a omissão quando apesar de se ter adotado alguma providência, esta não torna totalmente efetiva a norma constitucional.⁹⁵

A discussão acerca da inconstitucionalidade é de relevante importância para o direito brasileiro, pois acarreta reflexos na aplicação imediata do direito assegurado na Constituição Federal. Uma Constituição amparada na supremacia da Carta sobre as normas infraconstitucionais exige um controle de constitucionalidade, com fiscalização abstrata das normas constitucionais⁹⁶.

⁹² JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 542.

⁹³ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 545.

⁹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111-115.

⁹⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 548.

⁹⁶ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 64.

O problema da inconstitucionalidade por omissão surge da força dirigente das Constituições, centradas em dispositivos que impõem um dever de concretização legislativa⁹⁷, e é decorrência da inércia do poder político, que não comete determinado ato imposto na Constituição⁹⁸.

No Direito Clássico, o entendimento era de que somente haveria omissão legislativa quando o legislador não obedecesse às normas constitucionais impositivas em sentido estrito, ou seja, as normas que o obrigassem concretamente. Assim, essa omissão se daria diante de uma obrigação constitucional de agir, de forma que o dever de legislar não ensejaria uma omissão constitucional.⁹⁹

Atualmente, porém, a omissão pode ser resultado da não execução de imposições constitucionais abstratas. Importante ressaltar nesse ponto, a questão referente ao silêncio eloquente, que consiste em uma insuficiência de regulamentação deixada pelo legislador. Nesse sentido, deve-se observar a existência de lacunas constitucionais, encontradas dentro do texto constitucional, e lacunas técnicas, ou seja, lacunas extra-sistêmicas que necessitam de uma complementação legislativa. As lacunas constitucionais são falhas sujeitas à valoração negativa, devendo ser ponderado quando será possível sua complementação¹⁰⁰.

Assim, a omissão legislativa hoje é consequência das falhas dos órgãos legiferantes. O legislador que, por uma ação omissiva, infringe seu dever constitucional de emanar normas, desobedece, conseqüentemente, obrigação que lhe é incumbida pela própria Constituição.¹⁰¹

Nesse contexto, importante atentar sobre a existência de dois tipos de normas: as normas constitucionais auto-aplicáveis, que não dependem de um regulamentação legal posterior, ou seja, são capazes de produzir efeitos no mundo jurídico; e as normas programáticas, que possuem eficácia limitada, dependendo,

⁹⁷ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 65.

⁹⁸ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

⁹⁹ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 66.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 66-67.

¹⁰¹ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 86-91.

portanto de regulamentação infraconstitucional. Assim, para que as normas programáticas possam atingir os fins estabelecidos pela Constituição, é necessário que haja uma intervenção do legislador.¹⁰²

A inconstitucionalidade por omissão pode ser classificada como sendo total ou parcial. A omissão total ocorre quando o legislador se mostra inerte quanto detinha o dever jurídico de agir. Por outro lado, a omissão parcial está configurada no caso de o legislador regulamentar o dispositivo constitucional sem contemplar certas situações ou sujeitos, ou seja, quando o Poder Legislativo age de forma insuficiente¹⁰³. Jorge Miranda, nesse sentido, dispõe:

“É total a inconstitucionalidade por omissão que consiste na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional e parcial aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários”.¹⁰⁴

Ora, a Constituição garante aos cidadãos determinado direito, entretanto, este, muitas vezes, não pode ser concretizado em decorrência da inércia do legislador em regulamentar a norma¹⁰⁵. Diante dessa omissão os cidadãos tem um direito subjetivo. Isso quer dizer que se o legislador não cumpre seu dever jurídico de legislar imposto pela Constituição, e determinado direito fica sem regulamentação, os cidadãos tem o direito de exigí-lo judicialmente¹⁰⁶.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁰⁷. Dessa maneira, os direitos fundamentais, em decorrência de sua força vinculante, impõem ao Poder Público sua concretização. Assim, é possível verificar que os cidadãos tem

¹⁰² RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 86-91.

¹⁰³ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 67-69.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 83.

¹⁰⁵ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 70.

¹⁰⁶ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 53.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 de mai. 2013.

o direito ao que lhes está garantido na Constituição, bem como ao direito à regulamentação da norma omissa, indispensável para a concretização do direito¹⁰⁸.

Importante ressaltar que o Poder Legislativo tem sua discricionariedade restringida às imposições constitucionais. O Poder Público sempre estará subordinado à Carta Magna. Assim, tendo em vista a supremacia da Constituição, o legislador deve cumprir o que está disposto em seu texto, de forma que o descumprimento pode causar sanções jurídico-constitucionais.¹⁰⁹

Nessa situação de inércia do Poder Legislativo, incumbe ao Poder Judiciário interpretar os preceitos constitucionais definidores de direitos fundamentais e viabilizar o cumprimento da norma para determinado caso concreto. Dessa forma, baseados no princípio da efetividade máxima, os órgãos jurisdicionais devem possibilitar a aplicação imediata desses direitos quando houver ausência de uma lei regulamentadora, até que o legislador cumpra o preceito constitucional, e preencha a lacuna normativa.¹¹⁰

Diante desse contexto, as objeções à atuação judicial em decorrência de sua suposta incompatibilidade com os princípios da reserva da lei e separação de poderes vêm perdendo terreno. Os tribunais do mundo contemporâneo não podem ter a função exclusiva de aplicar a norma perante um conflito, bem como o juiz não pode deixar de deliberar por haver uma lacuna na lei. Se o Poder Legislativo é omissor, o Poder Judiciário tem o dever de declarar essa inércia e solucionar a lide em análise.¹¹¹

Os cidadãos não podem ficar desamparados, impossibilitados de exercer um direito assegurado na própria Constituição. Por isso, é essencial a atuação do Poder Judiciário, pois o juiz é capaz de, por meio de uma decisão judicial, conferir ao cidadão o usufruto do direito obstado. Entretanto, essa atuação do Judiciário deve obedecer a certos limites, de forma que só pode legislar para o caso concreto *sub*

¹⁰⁸ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69-73.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 465.

¹¹⁰ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 69-71.

¹¹¹ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 71-75.

judice, sem prejuízo de que o Legislativo, posteriormente, cumpra suas funções estabelecidas pela Constituição.¹¹²

Diante da problemática causada pelas omissões legislativas inconstitucionais, torna-se necessária existência de institutos jurídicos eficazes, capazes de fiscalizar essas omissões inconstitucionais. O Brasil consagra dois institutos avançados para reprimir a inércia do Poder Legislativo: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção que serão abordados a seguir.¹¹³

2. Mecanismos de Controle da Omissão Inconstitucional

2.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o instrumento usado para o controle abstrato de omissões inconstitucionais no que diz respeito à edição e atualização de medidas necessárias para tornar efetivas as normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade imediata.¹¹⁴

Antes da edição da Constituição Federal de 1988 no Brasil, já havia ocorrido tentativas de suprir o problema das omissões inconstitucionais pelo controle abstrato. A primeira delas ocorreu na extinta Iugoslávia, quando sua Constituição de 1974 previu uma espécie de denúncia da omissão a um órgão superior. A segunda tentativa, presente na Constituição portuguesa de 1976, tratava-se de mero envio de recomendação ao órgão omissor, de forma que a atividade do Tribunal Constitucional era tão somente comunicar ao órgão inerte o dever de editar as providências exigidas pela Constituição. A terceira tentativa, também ocorrida em Portugal, sobreveio da reforma da Constituição de 1976, a qual passou a instituir uma comunicação para o suprimento da omissão. Assim, o Tribunal Constitucional, constatando uma omissão, demandava a intimação do órgão omissor, para que ele

¹¹² HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 71-115.

¹¹³ RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 64-65.

¹¹⁴ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 542.

tomasse as medidas necessárias para tornar a norma constitucional desprovida de aplicabilidade exequível.¹¹⁵

No Brasil, o método criado para suprir as omissões inconstitucionais pelo controle abstrato, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade, teve inspiração no direito português. Assim, o instrumento legítimo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade das omissões estatais no Brasil é chamado de ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹¹⁶. A Constituição brasileira, por meio dessa ação, optou pela comunicação, em hipóteses de inércia do Poder Legislativo, e por uma intimação com imposição de prazo para suprir essa inércia, para os casos em que o problema provém de omissão de órgãos administrativos.¹¹⁷

Essa ação é um instrumento de processo objetivo que tem como finalidade averiguar a ocorrência de omissão inconstitucional e suscitar sua declaração judicial, notificando-se o órgão silente¹¹⁸. Importante observar que nos processos de controle abstrato não se aprecia, propriamente, a defesa de interesse do requerente, mas busca-se a proteção da ordem constitucional.

Dessa maneira, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem por fim tornar viável o direito subjetivo do sujeito prejudicado pela omissão constitucional, mas sim a defesa do ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o vício omissivo em si¹¹⁹. Para seu exercício não é preciso haver necessariamente um direito obstado¹²⁰. Nesse sentido, a Suprema Corte se manifestou no sentido de que o “controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais

¹¹⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 542-543.

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 72.

¹¹⁷ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 543.

¹¹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 74.

¹¹⁹ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 117-118.

¹²⁰ QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 108.

objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto”¹²¹.

Por se tratar de instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, seu objetivo alcança somente omissões na expedição de atos normativos abstratos e genéricos¹²². Entretanto, seu objeto inclui também a inércia em adotar providências de índole administrativa, e não somente de índole legislativa¹²³.

Assim, caberá ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando constatar-se a existência de inércia na atividade concretizadora, normativa ou não, de uma norma constitucional com baixa eficácia de aplicação, constatada pela transgressão de uma obrigação institucional geral ou especial, verificada a partir de um juízo concreto sobre o decurso do tempo. Dessa forma, a mera omissão técnica ou legislativa não é suficiente para ensejar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹²⁴

Essa ação foi inserida na Constituição Federal por meio do artigo 103, § 2º, que determina que:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

(...)

¹²¹ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 553-554.

¹²² JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 559.

¹²³ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 73.

¹²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 73.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.¹²⁵

Assim, é possível perceber que os legitimados ativos para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são as pessoas, órgãos ou entidades especificadas pelos incisos I ao IX do artigo acima mencionado, que podem, inclusive formar litisconsórcio ativo entre si. Por outro lado, figuram no pólo passivo para propor essa ação o órgão ou autoridades públicas que tem obrigação de legislar, mas que restaram omissos quanto à elaboração da norma regulamentadora.¹²⁶

Quanto aos efeitos da sentença proferida no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, constata-se seus os reduzidos efeitos práticos, tendo em vista sua natureza meramente declaratória¹²⁷, o que significa dizer que uma vez declarada a existência da inconstitucionalidade por omissão, ocorre tão somente a ciência ao Poder competente, para que este adote as providências necessárias¹²⁸. Nesse sentido, o acórdão de julgamento da ADI 3745/GO que demonstra que a Suprema Corte definiu como sendo somente declaratória a natureza da decisão que julga a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

“ADI 3745/GO - GOIÁS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 15/05/2013

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s):

REQTE. (S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de jun. 2013.

¹²⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 565-567.

¹²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 74.

¹²⁸ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 578

INTDO. (A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS

Ementa

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Procedência da ação. 1. A matéria tratada nesta ação direta de inconstitucionalidade foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal em diversos casos, disso resultando a edição da Súmula Vinculante nº 13. 2. A teor do assentado no julgamento da ADC nº 12/DF, em decorrência direta da aplicação dos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, a cláusula vedadora da prática de nepotismo no seio da Administração Pública, ou de qualquer dos Poderes da República, tem incidência verticalizada e imediata, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Precedentes. 3. A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no caput do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal. 4. Ação julgada procedente.

Voto do relator:

(...) Nesse passo, a previsão ora impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão e funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no **caput** do art. 1º da Lei estadual nº 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter **o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a Constituição Federal.**

Ressalto que a Súmula Vinculante nº 13 teve, desde sua publicação na imprensa oficial, efeito vinculante, atingindo todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todas as esferas federativas (art. 103-A da CF/88). Não obstante, guarda esta Corte o poder/dever de, apreciando, em sede de controle abstrato, a compatibilidade de ato normativo estadual com a Lei Fundamental, reconhecer a existência de vício a esse inerente e de extirpar a lei inquinada, no todo ou em parte, do ordenamento jurídico estadual.

Ante o exposto, voto pela procedência do **pedido para declarar, com efeitos ex tunc, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.145/1997 do Estado de Goiás.**

É como voto. (grifos meus)".¹²⁹

Diante do exposto, verifica-se que, no direito brasileiro, o controle judicial abstrato das omissões constitucionais não produz a medida necessária para tornar efetiva a norma constitucional, pois a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como visto, somente comunica a inércia. Dessa maneira, essa ação não

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3745/G0. Tribunal Pleno, 15 mai. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4154641>>. Acesso em 2 de ago. 2013.

costuma surtir resultados práticos¹³⁰. Assim, o ideal seria que houvesse a declaração da inconstitucionalidade e, ao cientificar o órgão omissor, se estabelecesse um prazo para tornar eficaz a medida, de forma que finalizado o período determinado sem o suprimento da omissão, o órgão jurisdicional pudesse expedir uma decisão normativa provisória, de caráter abstrato, geral e com efeitos *erga omnes*, até que o legislador silente cumprisse seu dever de elaborar a norma regulamentadora, viabilizando assim o direito constitucionalmente garantido¹³¹.

2.2. Mandado de Injunção

O mandado de injunção, também chamado de mandado de garantia constitucional ou mandado de garantia social, sofreu influência do direito inglês. O mandado de injunção norte-americano, chamado de *writ of injunction*, consiste na possibilidade de uma ordem discricionária ser proferida sem a necessidade de haver uma norma escrita, mas exigindo sempre a ocorrência de prejuízo ou grande injustiça que não possa ser reparado em dinheiro¹³². O *writ of injunction*, entretanto, tem natureza jurídica muito diferente do mandado de injunção brasileiro¹³³. No Brasil, o mandado de injunção é a garantia constitucional usada perante o Poder Judiciário por qualquer cidadão que, por uma omissão de norma regulamentadora, fique impedido de exercer algum direito fundamental¹³⁴.

Há doutrinadores, por outro lado, que entendem que o mandado de injunção é fruto do chamado *Verfassungsbeschwerde*, instituto previsto na Constituição alemã

¹³⁰ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 574-575.

¹³¹ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 104-108.

¹³² SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante. *O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf)>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

¹³³ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 221.

¹³⁴ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante. *O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf)>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

que pode ser proposto por qualquer cidadão perante o Tribunal Constitucional quando tiver seus direitos fundamentais inutilizados em decorrência de uma ação ou omissão do Poder Público. Entretanto, são muitas as diferenças entre o instituto alemão e o mandado de injunção brasileiro. Como exemplo dessa distinção cabe ressaltar que o *Verfassungsbeschwerde* pode ser usado para impugnar qualquer violação, enquanto o mandado de injunção somente pode ser impetrado em casos de omissão.¹³⁵

Apesar da divergência doutrinária acerca das origens do mandado de injunção, fica claro que o mandado de garantia social é novidade no direito brasileiro¹³⁶. Essa garantia constitucional nasceu então com o fim de assegurar a eficácia e aplicabilidade plena das normas contidas na Carta Magna.¹³⁷ O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988:

“LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹³⁸

Os artigos 102, I, *q*, II, *a*, 105, I, *h*, e 121, § 4º, V, da Carta Magna tratam acerca da competência federal para processamento e julgamento do mandado de injunção, estabelecendo a mesma aos Tribunais Superiores, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.¹³⁹

O mandado de injunção é uma ação constitucional que assegura o emprego do princípio da aplicabilidade imediata do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. Assim, o mandado de garantia social é um mecanismo que busca garantir a eficácia dos dispositivos constitucionais, viabilizando o suprimento das omissões inconstitucionais, bem como a aplicação imediata dos direitos constitucionais carentes de regulamentação, satisfazendo o direito subjetivo de seu impetrante.

¹³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 83-85.

¹³⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 221.

¹³⁷ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante. *O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf)>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de jun. 2013.

¹³⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 225.

Dessa maneira, pode-se afirmar que sua natureza jurídica é de garantia constitucional, tendo em vista que os efeitos que essa ação pretende produzir com sua propositura consistem na garantia de direitos constitucionais¹⁴⁰. Consoante esse entendimento, o julgamento do MI 1231-AgR/DF:

“MI 1231-AgR/DF – Distrito Federal

AG. REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 16/11/2011

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s):

AGTE. (S): ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGDO. (A/S): WANDERLEY CALAZANS

ADV. (A/S): GRACE SANTOS DA SILVA MARTINS

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção. Precedentes. II - A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, passou a adotar a tese de que **o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental**. III - Agravo regimental a que se nega provimento¹⁴¹. (grifos meus).

Nesse mesmo sentido, transcrevo o MI 1333-AgR/DF:

“MI 1336-AgR/DF – Distrito Federal

AG. REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator (a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 19/06/2013

¹⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 77-78.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 1231-AgR/DF. Tribunal Pleno, 16 nov. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597617>>. Acesso em 2 de ago. 2013.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s):

AGDO. (A/S): EDSON PEREIRA

ADV. (A/S): WILMAR TEODORO DE CARVALHO

INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AGTE. (S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC. (A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

AGTE. (S): UNIÃO

PROC. (A/S) (ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DO ESTADO-MEMBRO OU INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA COM A AUTORIDADE COMPETENTE PARA A ELABORAÇÃO DA NORMA REGULADORA. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO NORMATIVA DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL CORRENTE

NO SUPREMOTRIBUNAL FEDERAL PELO RECONHECIMENTO DA OMISSÃO DO LEGISLADOR NA CONCRETIZAÇÃO DO ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE DO ART. 57 DA LEI FEDERAL Nº 8.213/91 ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O CITADO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EFICÁCIA DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL QUE EXIGE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS TERMOS DO ART. 102, I, "Q", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA JULGAR MANDADO DE INJUNÇÃO IMPETRADO POR SERVIDOR ESTADUAL. 1. A aposentadoria especial de servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal.

Precedentes do STF: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/11/2007; MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe. 22/5/2009 e ARE 727.541-AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 24/4/2013. 2. **A eficácia do direito à aposentadoria especial objeto do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, exige regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do Presidente da República, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, I, "q", da Lei Maior, o julgamento do mandado de injunção impetrado, ainda que por servidor público estadual, com o objetivo de viabilizar o seu exercício, mormente diante da vedação contida no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/98 (incluído pela Medida Provisória 2.187-13/2001), que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Precedentes:** MI 5.304/DF, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 17/5/2013. No mesmo sentido: MI 1.169-AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 22/8/2011; MI 2.091/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3/4/2012, inter plures. 3. O litisconsórcio não é de imperiosa formação no mandado de injunção, quer com a autoridade competente para a elaboração da norma

reguladora, quer com a unidade federada, quer, ainda, com o instituto de previdência. Precedentes: MI 1.375-AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 3/6/2013; MI 3.952-AgR/MS, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 3/6/2013; MI 1.375-AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 23/5/2013. 4. Agravos regimentais improvidos¹⁴². (grifei)

Para impetrar um mandado de injunção devem estar presentes, cumulativamente, a ausência de norma regulamentadora de um preceito constitucional, bem como a inviabilização do exercício de um direito fundamental¹⁴³. Para ser impetrado o mandado de injunção, é necessário, então, um nexo de causalidade entre a impossibilidade de se exercer o direito e a falta de regulamentação de determinada norma¹⁴⁴.

Assim, esse remédio constitucional é o instrumento capaz de defender a efetividade de um direito constitucional subjetivo, podendo, então, ser impetrado por qualquer pessoa que, por omissão legislativa, tenha lhe impedido o exercício de algum direito fundamental. O impetrante, ao ajuizar o mandado de injunção, busca a salvaguarda de seu direito subjetivo, desatendido em virtude da ausência de norma regulamentadora.¹⁴⁵

O mandado de injunção pretende assegurar o direito subjetivo daquele que se encontra lesado com a falta de norma regulamentadora. Dessa maneira, o mandado de garantia constitucional não tem a finalidade de defesa genérica e objetiva da integralidade do ordenamento jurídico, mas sim viabilizar o exercício do direito obstado pela ausência de norma.¹⁴⁶

Tendo em vista que para impetrar o mandado de injunção basta que o impetrante seja titular de um direito fundamental e esteja impedido de exercê-lo em decorrência à falta da norma regulamentadora, percebe-se que a legitimidade ativa para o mandado de injunção é muito ampla. Importante ressaltar que se admite o

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 1336-AgR/DF. Tribunal Pleno, 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4313311>>. Acesso em 2 de ago. 2013.

¹⁴³ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 223.

¹⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 159.

¹⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 78-80.

¹⁴⁶ HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 117-118.

mandado de injunção coletivo¹⁴⁷. Assim, alguns entes como entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento a pelo menos um ano, em defesa dos direitos de seus membros ou associados e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais podem impetrar o mandado de injunção¹⁴⁸. Da mesma maneira, em caso de direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público também detém legitimidade ativa. Em suma, a legitimidade coletiva do mandado de injunção foi equiparada ao mandado de segurança coletivo.¹⁴⁹

Por outro lado, igualmente ao que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, figuram no polo passivo para propor essa ação o órgão ou autoridades públicas que tem obrigação de legislar, mas que restaram omissos quanto à elaboração da norma regulamentadora¹⁵⁰.

Diante do exposto, verifica-se que o mandado de garantia constitucional é o mecanismo de controle concreto de inconstitucionalidade¹⁵¹, e é função do órgão jurisdicional, por meio de uma sentença, resolver o caso concreto, emitindo uma norma satisfatória e concretizando o direito do impetrante, tudo de acordo com a legislação pátria. Ressaltar-se que esse remédio constitucional é garantia constitucional fundada no princípio da obrigatoriedade da decisão, de forma que o Poder Judiciário não pode negar-se a resolver o caso concreto, tendo o dever de garantir o direito obstado.¹⁵²

¹⁴⁷ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 260-266.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de jun. 2013.

¹⁴⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 260-266.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção*: Da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130-131.

¹⁵¹ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 513.

¹⁵² PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 145-162.

III. EFEITOS DAS DECISÕES DO STF NO CONTROLE DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL

1. Correntes Doutrinárias

Atualmente, uma das grandes controvérsias sobre o tema diz respeito à eficácia da decisão de mérito que acolha o pedido do mandado de injunção, por isso, existem várias teorias que tentam explicar a essência do mandado de injunção.

Depois de editada a Constituição Federal de 1988, foram criadas diversas teses jurídicas sobre os efeitos da decisão do Poder Judiciário proferida em mandado de injunção, tais como: teoria da subsidiariedade, teoria da independência jurisdicional e teoria da resolutividade. A seguir, serão analisadas cada uma delas.

1.1. Teoria da Subsidiariedade

A teoria da subsidiariedade, também chamada de posição não concretista¹⁵³, foi a postura adotada inicialmente pela Suprema Corte brasileira. Essa posição entende que a decisão do mandado de injunção deve somente declarar a mora legislativa, reconhecendo formalmente a inércia do Poder Público e dando ciência de sua decisão ao órgão competente, para que este edite a norma omissa¹⁵⁴. Em outras palavras, o alcance do mandado de injunção serve somente para que o poder judiciário dê ciência ao poder competente da falta da norma que tornou inviável o exercício do direito fundamental, sem causar sanção ao órgão competente em caso de não ser expedido o ato normativo¹⁵⁵.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 174-175.

¹⁵⁴ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 234-235.

¹⁵⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 178.

Nessa concepção, pode-se afirmar que a sentença proferida em sede de mandado de injunção é meramente declaratória, tal como ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão, já que somente afirma a situação de inércia do órgão responsável pela complementação normativa e informa o sujeito omisso de seu estado de inércia.¹⁵⁶

Para os defensores da posição não concretista, se o próprio órgão julgador editasse a norma omissa, haveria ofensa ao princípio da separação de poderes, que é princípio fundamental e possui qualidade de cláusula pétrea. De acordo com esses doutrinadores, o princípio da separação dos poderes não permite que o Poder Judiciário exerça atividade legislativa, pois este só tem iniciativa legislativa nos casos previstos na Constituição Federal e em relação a matérias e ele vinculadas. Salientam, ainda, que como não há autorização para o Supremo Tribunal Federal legislar supletivamente na ação de inconstitucionalidade por omissão, não seria correto que esta Corte o fizesse por intermédio do mandado de injunção. Finalmente, afirmam que as regras da competência para julgamento da ação injuncional não autoriza a interpretação sobre a possibilidade de concretização imediata do direito obstado.¹⁵⁷

Entretanto, existem diversas críticas opostas sobre a teoria da subsidiariedade. A primeira delas é de que o Supremo Tribunal Federal tratou como sendo idênticas as finalidades do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁵⁸. Ora, não é razoável que a Constituição Federal estatuiu dois institutos com funções idênticas, pois se a Carta Magna não pode ter palavras inúteis, a mesma não pode conter institutos inúteis. Nesse sentido, a própria Constituição Federal deixa clara a distinção entre os dois instrumentos processuais, já que o âmbito de utilização da ação de inconstitucionalidade por omissão é maior do que o do mandado de injunção, uma vez que pode ser usada sempre que a ausência de medida normativa torne sem plena efetividade toda e qualquer norma constitucional, independente de seu conteúdo. Ainda, não haveria

¹⁵⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 234-235.

¹⁵⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323-326.

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 178.

razão para o ordenamento jurídico prever uma ação de caráter concentrado, com legitimação restrita, que teria os mesmo efeitos de um remédio que poderia ser utilizado por qualquer pessoa¹⁵⁹.

A segunda crítica a posição não concretista é a inefetividade de uma decisão meramente declaratória¹⁶⁰, pois não haveria solução do problema daquele que suscita a tutela jurisdicional. Ora, os institutos processuais, em especial os remédios constitucionais, devem ser atuados sempre tendo em vista a potencialização de sua efetividade. Por isso, o mandado de injunção deve possibilitar a viabilização do exercício do direito subjetivo constitucional do impetrante¹⁶¹.

Nesse sentido, alguns doutrinadores afirmam que se fosse adotada a posição não concretista, o artigo 5º, § 1º, XXXV, da Constituição Federal seria violado, pois não haveria meio processual apto a integrar o conteúdo das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que possuem aplicação imediata, e o cidadão se veria privado de saber se tem ou não direito num caso em que a própria Magna Carta cria uma hipótese de proteção.¹⁶²

1.2. Teoria da Independência Jurisdicional

Pela teoria da independência jurisdicional¹⁶³, também chamada de posição concretista geral, presentes os pressupostos constitucionais exigidos para a impetração do mandado de injunção, o Poder Judiciário deve reconhecer a existência da omissão e possibilitar a concretização do exercício do direito, até que a lacuna seja suprida¹⁶⁴. Entretanto, a natureza da dessa sentença aqui possui caráter

¹⁵⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 81-116

¹⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 178.

¹⁶¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 81-105.

¹⁶² JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 257.

¹⁶³ QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 82-85.

¹⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 176.

constitutivo *erga omnes*, possibilitando, então, que a concretização do exercício do direito alcance todos os titulares daquele direito, até a expedição da norma regulamentadora pelo órgão competente¹⁶⁵.

Há doutrinadores que entendem ser esta a posição que melhor se coaduna com as funções atribuídas ao Supremo Tribunal Federal. De acordo com o entendimento desses juristas, o impetrante visa, por meio do mandado de injunção, a satisfação de um direito, liberdade ou prerrogativa particular. Por isso, o mais correto seria a remoção do obstáculo para o seu caso concreto, de forma que esse direito individual só poderá ser alcançado por meio da edição de uma norma regulamentadora que irá definir o modo como será exercido esse direito. Entretanto, essa norma, para que possa obedecer ao princípio da isonomia deve ter um caráter geral, sendo idêntica para todos os que estiverem na mesma situação fática do impetrante. Esses doutrinadores entendem que a posição concretista geral elimina por completo a possibilidade de decisões contraditórias, em obediência ao princípio da isonomia.¹⁶⁶

Ainda defendendo essa posição, ressaltam que de acordo com as regras estabelecidas pela Constituição Federal, quem deve julgar o mandado de injunção são os tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal. Assim, tendo em vista este ser o guardião da Constituição, é difícil compatibilizar esse papel com a atribuição de, originalmente, julgar ações nas quais se pleiteia a satisfação de um interesse individual.¹⁶⁷

Por outro lado, os críticos dessa posição alegam que uma decisão com efeitos *erga omnes* faria com que quem proferiu essa decisão acabasse ocupando a função do Poder Legislativo, ferindo então o princípio da separação de poderes. A expedição de normas dotadas de caráter genérico é função do Legislativo, não podendo ser usurpada pelo Poder Judiciário. Ressalta-se que se em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão não se pode expedir uma norma

¹⁶⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 235.

¹⁶⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 81-105.

¹⁶⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 81-105.

regulamentadora de caráter genérico, isso não pode ser atingido por intermédio do mandado de injunção.¹⁶⁸

Outra crítica à essa teoria é no sentido de que se essa posição fosse admitida, o mandado de injunção se tornaria um instrumento de tutela do direito objetivo, e não de um direito subjetivo, que é sua real função. Em caso de omissão inconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a responsável por defender um direito objetivo, por outro lado, quando há lacuna no ordenamento jurídico, o mandado de injunção tem como objeto o direito subjetivo violado no caso concreto, posto que inviabilizado por falta de regulamentação.¹⁶⁹

Ora, não é razoável que o Poder Judiciário elabore uma norma geral e abstrata quando está apreciando determinado caso concreto, cujo pedido é a restauração de um direito subjetivo violado. Apenas mediante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é que se faz possível a supressão de lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico, isto é, do direito objetivo. Assim, ao atribuir-se ao Poder Judiciário a elaboração de uma norma geral e abstrata, o princípio da tripartição dos poderes seria violado, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica do Poder Legislativo.¹⁷⁰

1.3. Teoria da Resolutividade

A teoria da resolutividade¹⁷¹, também chamada de teoria concretista individual, entende que a decisão de mérito no mandado de injunção só pode produzir efeitos para o autor do mandado de injunção, ou seja, sua eficácia deve ser

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 174-179.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 118-164.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 118-164.

¹⁷¹ QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 86-87.

inter partes.¹⁷² Assim, o órgão jurisdicional deve decidir o caso concreto, baseando-se nos “princípios constitucionais positivados, e no seu sentimento de equidade, possibilitando uma imediata efetivação da promessa de direito subjetivo”¹⁷³. A posição concretista individual se divide ainda em concretista individual direta e concretista individual intermediária.

De acordo com a posição concretista individual direta, o Judiciário, imediatamente, ao julgar o mandado de injunção, deve concretizar a eficácia da norma constitucional para o autor da ação. O legislador, além de ter o dever de editar a norma individual para determinado caso concreto, a fim de integrar o texto constitucional, deve resolver a lide gerada.¹⁷⁴

Por outro lado, a posição concretista individual intermediária, entende que o Poder Judiciário, ao julgar o mandado de injunção, deve dar ciência ao órgão omissor, fixando um prazo para que este preencha a lacuna legislativa. Se, ao término desse prazo, a omissão permanecer, o Poder Judiciário poderá então fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor da ação, ficando autorizado ao prejudicado o exercício do direito invocado, com a liquidação por meio da via jurisdicional ordinária, nos casos de pretensão condenatória¹⁷⁵.

Os defensores a teoria da resolutividade alegam que essa é a única maneira de o Poder Judiciário exercer o resguardo dos direitos e garantias fundamentais sem ferir o princípio da separação dos poderes¹⁷⁶. Nesse sentido, os doutrinadores defensores dessa posição afirmam que a decisão proferida em mandado de injunção permite remover somente a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Assim, o Poder Judiciário deve criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuado o preenchimento de lacunas. Dessa forma, a decisão judicial preenche, mas não extingue a omissão do sistema

¹⁷² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 176.

¹⁷³ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 236.

¹⁷⁴ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 235-242.

¹⁷⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 238.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 176-177.

jurídico, tarefa esta do Poder Legislativo quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata faltante.¹⁷⁷

A falta de norma regulamentadora para determinado caso concreto, em virtude da omissão do Poder Legislativo, possibilita a impetração com o Poder Judiciário criando norma individual para dar proteção ou a garantia até então não existente. Assim agindo, o Poder Judiciário não compromete o princípio da separação de poderes, pois não há criação de norma geral, mas apenas individual, específica, para atender ao caso.¹⁷⁸

Entretanto, existem juristas que criticam a teoria da resolutividade. Tais doutrinadores alegam que na circunstancia da regulamentação somente para o caso concreto, há risco ao princípio da isonomia, bem como que tal posição é de difícil compatibilização com a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal. Esses juristas dizem que quando o julgador procede uma regulamentação, somente para o caso concreto, é possível que ocorra uma violação à isonomia, na medida em que, dada a multiplicidade de julgados, poderia o Poder Judiciário, diante de situações idênticas, conferir regulamentações diferenciadas.¹⁷⁹

Porém, importante ressaltar que no mandado de injunção não se está diante de uma atividade legislativa, mas sim jurisdicional, em que a solução é sempre preconizada para o caso concreto. As decisões contraditórias fazem parte do cotidiano judicial, sem que ocorra uma violação ao princípio da isonomia. Ademais, para minimizar tais efeitos, existem diversas soluções, como a uniformização de jurisprudência, por exemplo. Quando as decisões são uniformizadas, diminui-se muito a chance de coexistência de acórdãos dispares.¹⁸⁰

Diante dos diversos entendimentos doutrinários expostos sobre a eficácia da decisão de mérito que é proferida em mandado de injunção, importante ressaltar que há na Suprema Corte brasileira uma divergência de entendimentos sobre o assunto.

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 138-150.

¹⁷⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004, p. 361-366.

¹⁷⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 97-100.

¹⁸⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 97-100.

A diante, tratar-se-á acerca da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. Jurisprudência do STF Acerca da Natureza Jurídica das Decisões Proferidas em Mandado de Injunção

A teoria da subsidiariedade foi a posição inicial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Um bom exemplo prático em que essa posição foi aplicada é a do MI 107 QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *leading case* quanto à definição dos aspectos conceituais desse instrumento processual¹⁸¹. No julgamento do referido mandado de injunção, os ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Celso de Melo, Ilmar Galvão, Octávio Galotti, Sydney Sancher, Maurício Corrêa e Nelson Jobim foram defensores da posição não concretista, ou seja, defendiam pela natureza meramente declaratória do instituto. Os ministros entenderam que a natureza do Mandado de Injunção era autoaplicável, entretanto, caberia ao Judiciário tão somente notificar o órgão omissor, tendo em vista que a posição não concretista seria a única posição capaz de respeitar a idéia de separação de poderes¹⁸². Essa posição assumida pelos ministros citados pode ser observada pela transcrição do acórdão do referido julgado:

“MI 107 QO/DF – Distrito Federal
 QUESTÃO DE ORDEM MANDADO DE INJUNÇÃO
 Relator (a): Min. MOREIRA ALVES
 Julgamento: 23/11/1989
 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Parte(s):
 REQTE.: JOSÉ EMÍDIO TEIXEIRA LIMA
 ADVDO.: JOSÉ HENRIQUE PINTO
 REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
Ementa

¹⁸¹ VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 141-155.

¹⁸² OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção: Da inconstitucionalidade por omissão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.69.

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E **AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIÁRIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSÃO** SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPOSTO CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTO, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL QUE LHE É ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Voto do relator:

(...) o mandado de injunção (...) é ação que **visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias**, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.¹⁸³

Essa postura do Supremo Tribunal Federal atraiu diversas críticas da doutrina¹⁸⁴, pois esse entendimento acabava conspirando para o desprestígio do remédio constitucional em análise, já que não produzia quaisquer efeitos na sociedade, pois o órgão julgador limitou-se a cientificar o legislador responsável de sua omissão.¹⁸⁵

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107 QO/DF. Tribunal Pleno, 23 nov. 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em 3 de ago. 2013.

¹⁸⁴ VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 143.

¹⁸⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 234-235.

Assim, diante dessas críticas, a Suprema Corte passou a se posicionar entre a teoria da subsidiariedade e a da resolutividade, adotando uma postura intermediária. Diante de casos específicos, essa Corte, julgando procedente o pedido do mandado de injunção, conferia um prazo ao órgão omissor para que este sanasse a omissão que impedia a efetivação do direito invocado. Se ao fim desse prazo, ainda persistisse a mora legislativa, o prejudicado pela omissão poderia reclamar o direito obstado com a liquidação da indenização por meio da via jurisdicional ordinária¹⁸⁶.

Essa posição intermediária foi desenvolvida com intuito de resolver a omissão legislativa vinculada ao artigo 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se refere ao direito de reparação econômica dos sujeitos impedidos de exercer sua atividade profissional específica¹⁸⁷, em virtude das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, durante o regime militar¹⁸⁸. Pode-se observar essa postura intermediária do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 283-5/DF:

“MI 283-5/DF – Distrito Federal

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 20/03/1991

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s):

IMPTE. : ALFREDO RIBEIRO DAUDT

ADVDO. : WILSON AFONSO K. SANTOS

IMPDOS. : UNIÃO FEDERAL E CONGRESSO NACIONAL

Ementa

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: **deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.** 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de

¹⁸⁶ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 238-242.

¹⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 147.

¹⁸⁸ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 238-242.

atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei **não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável**¹⁸⁹. (grifei)

Nesse mesmo rumo, foi o julgamento dos MI 284-3/DF, MI 232-1/RJ e MI 562/RS. A Suprema Corte passou a ter, então, uma postura mais significativa no processo de concretização dos direitos fundamentais e constitucionais¹⁹⁰. Entretanto, nesses casos em que foi reconhecido aos impetrantes o dever de indenização, com a remessa da liquidação dos valores ao juízo ordinário, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter sanado a omissão legislativa, proferiu decisões incompletas, diante da necessidade de apuração do montante indenizatório a outra ação judicial¹⁹¹. Em outras palavras, essas decisões não constituíram efetivo

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283-5/DF. Tribunal Pleno, 20 mar. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em 3 de ago. 2013.

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

¹⁹¹ JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 234-235.

progresso, pois não foram capazes de viabilizar imediatamente o direito reclamado, e submeteram o impetrante à propositura de outra ação, que, ao final, teria a mesma finalidade¹⁹².

Entretanto, apesar de ter variado seu entendimento com o julgamento dos Mandados de Injunção 283-5/DF, 284-3/DF, 232-1/RJ e 562/RS, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 369-6/DF, onde se tratou a respeito da falta de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional por tempo de serviço, adotou novamente o entendimento consolidado no MI 107-3/DF, ou seja, a teoria da subsidiariedade¹⁹³.

No ano de 2007, com o julgamento do MI 721-7/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, onde a impetrante buscava a supressão da lacuna existente no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, artigo esse que garantia à servidora pública o direito a aposentadoria especial em decorrência do trabalho por mais de vinte e cinco anos em atividade insalubre, o Supremo Tribunal Federal mudou drasticamente seu entendimento. Tendo em vista que a lei complementar que deveria dispor sobre os termos e condições especiais de aposentadoria que seriam usufruídas por servidores públicos que trabalhassem em atividades prejudiciais à saúde não fora editada, a Corte entendeu por aplicar ao caso a disciplina da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral, definida no artigo 57, § 1º, da Lei 8.213/1991¹⁹⁴. Dessa maneira, a Suprema Corte supriu efetivamente a lacuna, limitando os efeitos da decisão ao caso concreto¹⁹⁵, veja-se:

“MI 721-7/DF – Distrito Federal
MANDADO DE INJUNÇÃO
Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 30/08/2007
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Parte(s):
IMPTE.(S): MARIA APARECIDA MOREIRA

¹⁹² HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 148.

¹⁹³ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 149.

¹⁹⁴ VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 147.

¹⁹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 150.

ADV.(A/S): MÁRCIO HONÓRIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)

IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão.** A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91**¹⁹⁶ (grifei).

Posteriormente, com as decisões proferidas nos Mandados de Injunção 670-9/ES, 708/DF e 712/PA, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, onde os impetrantes buscavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos¹⁹⁷, o Supremo Tribunal Federal avançou ainda mais na interpretação desse remédio constitucional. Nos julgamentos dos Mandados de Injunção aludidos, a Suprema Corte aplicou ao caso a Lei 7.783/1989, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, combinada com determinadas ressalvas relativas ao princípio da continuidade da prestação de serviços públicos, viabilizando o exercício do direito fundamental de greve. Observa-se que foi elaborado um novo conjunto normativo aplicável à situação, com espelho na Lei de Greve da iniciativa privada¹⁹⁸. Tudo isso pode ser observado no Acórdão do MI 670/ES, a seguir transcrito:

“MI 670-9/ES – Espírito Santo

MANDADO DE INJUNÇÃO

Relator (a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 25/10/2007

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 721-7/DF. Tribunal Pleno, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 4 de ago. 2013.

¹⁹⁷ VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 148.

¹⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 150-151.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Parte(s):

IMPTE.: SINDICATO DOS SERVIDORES POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - SINDPOL

ADVDS.: HOMERO JUNGER MAFRA E OUTRO

IMPDO.: CONGRESSO NACIONAL

Ementa

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. 2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989). 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º). 4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços

públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à

competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF. 5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei no 7.783/1989, in fine).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e

julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a **aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis**¹⁹⁹ (grifos meus).

Ressalta-se que o direito de greve é o direito mais polêmico cuja efetividade foi requerida por meio do mandado de injunção. Ademais, às decisões proferidas nos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA foram conferidos efeitos *erga omnes*²⁰⁰, ou seja, possibilitam que a concretização do exercício do direito alcançasse todos os titulares daquele direito, até a expedição de norma regulamentadora pelo órgão competente²⁰¹.

Apesar de as mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal não terem seguido uma coerência lógica²⁰², pode-se observar que a posição adotada hoje é concretista, com a finalidade de viabilizar o exercício do direito fundamental carente de legislação, afastando as consequências da omissão legislativa. A jurisprudência atual mostra claramente que o Mandado de Injunção possui natureza mandamental e não meramente declaratória. Esse remédio constitucional não se limita somente a declarar a existência de uma inconstitucionalidade por omissão e

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670-9/ES. Tribunal Pleno, 25 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 5 de set. 2013.

²⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 151.

²⁰¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 100-106.

²⁰² HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 147.

comunicar tal fato ao Poder Legislativo, ele também impede que a omissão faça com que o cidadão deixe de exercer seus direitos fundamentais²⁰³.

Diante do narrado, apesar de ser possível perceber que o Supremo Tribunal Federal abandonou a posição não concretista, não há consenso entre os membros desse Tribunal sobre o alcance da decisão proferida em Mandado de Injunção, já que há divergência no sentido de ser adotada a posição concretista geral ou a concretista individual. Apesar dos avanços promovidos pela jurisprudência da Suprema Corte, não se pode deixar de perceber uma incoerência no que diz respeito as duas última posições adotadas pela Corte: enquanto no MI 721-7/DF, em que se reivindicava a concretização do direito à aposentadoria especial do servidor público, foi conferido efeitos *inter partes*²⁰⁴ a decisão, no MI 670-9/ES, no qual se postulava a regulamentação judicial do direito de greve dos servidores públicos, o Tribunal imprimiu ao julgamento efeitos *erga omnes*²⁰⁵.

3. A Teoria Mais Adequada no Contexto do Estado Constitucional

Importante demonstrar, ao fim desse trabalho, que a teoria da resolutividade é a melhor posição a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Para isso, devem ser analisadas as dificuldades para adotar essa posição.

A primeira dessas dificuldades diz que, tendo em vista à falta de autorização da Suprema Corte para legislar supletivamente na ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal não poderia o fazer por meio do mandado de injunção²⁰⁶. Nesse sentido, as regras de competência para julgamento do remédio

²⁰³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 80-116

²⁰⁴ VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 147.

²⁰⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 154.

²⁰⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323-326.

constitucional em questão não permitem a interpretação sobre a possibilidade de concretização imediata do direito obstado²⁰⁷.

Entretanto, se isso fosse verdade, a Constituição teria estatuído dois institutos com finalidade idêntica²⁰⁸, o que não é razoável²⁰⁹, pois a Carta Magna não pode ter palavras inúteis, motivo pelo qual não pode conter institutos inúteis. A própria Constituição Federal deixou clara a distinção entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão²¹⁰. Assim, não há motivos para o ordenamento jurídico prever que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem caráter concentrado, com legitimação restrita, tem os mesmos efeitos do Mandado de Injunção, que pode ser utilizado por qualquer pessoa²¹¹.

Ademais, os remédios constitucionais devem ser autuados com o objetivo de potencializar sua efetividade. Por isso, o Mandado de Injunção deve possibilitar a viabilização do exercício do direito subjetivo constitucional do impetrante, e uma decisão de caráter declaratório não seria capaz de solucionar o problema.²¹²

Outra dificuldade enfrentada pela teoria da resolutividade seria de que quando o julgador emana uma regulamentação somente para o caso concreto, acaba violando o princípio da isonomia, na medida em que, em razão da multiplicidade de julgados com situações idênticas, o Poder Judiciário poderia conferir regulamentações diferenciadas.²¹³

Ora, no campo de julgamento dos Mandados de Injunção, não se está diante de uma atividade legislativa, mas jurisdicional, onde a solução sempre é preconizada

²⁰⁷ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 82.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

²⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 178.

²¹⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 83.

²¹¹ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 133.

²¹² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 84-87.

²¹³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 97.

para o caso concreto. As decisões contraditórias fazem parte do cotidiano judicial, sem que o princípio constitucional da isonomia seja violado. Ainda, para que sejam minimizados esses efeitos, existem diversas soluções no ordenamento brasileiro, entre elas a uniformização de jurisprudência e a criação de súmulas vinculantes²¹⁴. Importante destacar, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal formulou Proposta de Súmula Vinculante (PSV 45) com a seguinte redação:

“Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (artigo 57, § 1º da Lei n. 8.213/91)”.²¹⁵

A última dificuldade enfrentada pela posição concretista individual seria de que, consonante às regras estabelecidas pela Magna Carta, quem deve julgar o Mandado de Injunção são os Tribunais Superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que, por ser o guardião da Constituição, teria dificuldade em compatibilizar esse papel com a atribuição de, originalmente, julgar ações nas quais se pleiteia a satisfação de um interesse individual, motivo pelo qual surgiria a necessidade de dar eficácia *erga omnes* às decisões do Poder Judiciário que julgam o Mandado de Injunção.²¹⁶

Entretanto, expedir normas dotadas de caráter genérico e abstrato é função do Poder Legislativo, que não pode ser usurpada pelo Poder Judiciário. Ademais, o Mandado de Injunção tem por objeto tutelar um direito subjetivo. Assim, não é admissível que o Poder Judiciário, durante o julgamento desse remédio constitucional, ao apreciar determinado caso concreto, cujo pedido é a restauração de direito subjetivo violado por falta de regulamentação, elabore uma norma geral e abstrata. Tal atitude transforma o Mandado de Injunção em instrumento de tutela do direito objetivo, função esta da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão²¹⁷.

²¹⁴ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 97-100.

²¹⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111314>>. Acesso em 14 de nov. 2012.

²¹⁶ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 97-100.

²¹⁷ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 130-131.

O próprio Ministro Marco Aurélio aduziu que não se pode confundir a atuação do Judiciário no julgamento do Mandado de Injunção com a atividade do Legislativo. Isso porque, o que o Judiciário tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. Por outro lado, é somente o Poder Legislativo quem pode suprir a lacuna regulamentadora em discussão.²¹⁸

Ressalta-se que a sentença judicial em Mandado de Injunção, ao enfrentar as omissões existentes no sistema jurídico, completa, mas não elimina a lacuna inconstitucional. A eliminação da lacuna é função do Legislativo, quando da elaboração da norma jurídica geral e abstrata. O Poder Judiciário, por sua vez, tem o dever de criar normas jurídicas individuais e válidas para o caso concreto, efetuando o preenchimento das lacunas e viabilizando o exercício do direito constitucional obstado.²¹⁹

Importante destacar nesse ponto que a Constituição Federal, ao lado das funções típicas do Poder Legislativo, quais sejam, a criação da lei, fiscalização e controle dos atos do Executivo, atribui-lhe funções atípicas, baseadas na concepção de freios e contrapesos já mencionados no primeiro capítulo desse estudo. Assim, o Poder Legislativo participa da função jurisdicional e executiva, como, por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade.²²⁰

O Poder Judiciário, por sua vez, tem como função típica dizer e aplicar o Direito às controvérsias a ele submetidas. Porém, também desempenha funções atípicas, de natureza administrativa e legislativa. Como exemplo da função atípica

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 721-7/DF. Tribunal Pleno, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 4 de ago. 2013.

²¹⁹ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 140-142.

²²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 177.

legislativa, o Judiciário elabora regimentos dos Tribunais, que dispõem sobre a competência administrativa e jurisdicional desses órgãos.²²¹

Nesse sentido, observa-se que a Constituição Federal de 1988 previu diversas e diferentes funções estatais para o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas por meio de um sistema de freios e contrapesos, os harmonizando em prol da sociedade e visando impedir o arbítrio estatal. Por isso que é possível conciliar os incisos LXXI e XXXV do artigo 5º com o artigo 2º da Magna Carta, já que o Judiciário deve, no exercício de sua função, impedir a ameaça ou lesão a direitos fundamentais decorrentes de omissões do Poder competente, declarando então a omissão e permitindo que o prejudicado possa exercer seus direitos até que a lacuna na legislação seja suprida. Ao agir dessa maneira, o Poder Judiciário não fere o princípio da separação dos poderes, pois não está proferindo normas abstratas, o que não é sua função, e, ao mesmo tempo, não deixa de exercer o resguardo dos direitos e garantias fundamentais.²²²

Verifica-se, assim, que o princípio da separação de poderes no Estado Constitucional contemporâneo não deve ser entendido com tanta severidade. Deve-se atualizar tal princípio, de modo a harmonizar a eficiência do Estado com a salvaguarda das liberdades constitucionais²²³. Esse princípio deve ser entendido na visão da sistemática de freios e contrapesos e é nesse aspecto que o Mandado de Injunção deve ser interpretado, já que a omissão do Poder Legislativo é refreada e controlada pelo Poder Judiciário²²⁴.

Ainda, Eros Grau, no julgamento do MI 721-7/DF manifestou-se no sentido de que o Poder Judiciário deve se submeter ao princípio da independência dos poderes, contido no art. 2º da Constituição Federal. Ressalta que a tarefa do Judiciário não é autorizar a suplementação das normas, mas sim resolver a omissão na norma regulamentadora, criando uma coação de mesma natureza daquela

²²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 495-499.

²²² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 175-181.

²²³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999, p. 106-114.

²²⁴ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

contida naquela norma. Narrou também que é dever-poder do Supremo Tribunal Federal formular supletivamente a norma regulamentadora omissa. Sustentou que ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, a Suprema Corte não está ferindo o princípio da separação dos poderes, pois não está exercendo função legislativa, mas sim normativa.²²⁵

De todo o exposto, percebe-se que somente a posição concretista individual permite que o Poder Judiciário possa exercer o resguardo dos direitos e garantias fundamentais sem ferir o princípio da separação dos poderes. Verifica-se que no “mandado de injunção não há transferência do encargo de legislar para o Poder Judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão-somente viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais”²²⁶ em determinado caso concreto. Ao julgar o mandado de injunção, com base na posição concretista individual, o Poder Judiciário assume sua função jurisdicional em uma dimensão mais alargada, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto²²⁷.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Natureza do Mandado de Injunção. Mandado de Injunção 721/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 30 de nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 17 de ago. 2012.

²²⁶ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 151.

²²⁷ PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 151.

CONCLUSÃO

Diante da ausência de um entendimento consolidado entre os membros do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito de suas decisões no controle da omissão constitucional, já que os ministros dessa Corte ora conferem efeito *inter partes*, ora conferem efeitos *erga omnes* às decisões que julgam Mandado de Injunção, o presente trabalho procurou demonstrar que a teoria da resolutividade é a que deve prevalecer e ser adotada pela Suprema Corte. A relevância do tema encontra-se na importância de dar efetividade aos direitos obstados por uma omissão inconstitucional, sem ferir o disposto na Constituição Federal de 1988, em especial o princípio da separação dos poderes.

Inicialmente, com a análise da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, foi possível vislumbrar que o Estado contemporâneo exige uma obediência direta a uma Constituição, sua principal característica é a supremacia direta da Constituição. Entretanto, verifica-se que também estão presentes no Estado Constitucional a interdependência dos Poderes, a garantia de direitos fundamentais subjetivos e objetivos, bem como um controle de constitucionalidade.

Nesse primeiro momento, foi possível perceber que o Estado Constitucional não é caracterizado somente por uma plena normatividade, mas também por uma Constituição capaz de garantir os direitos fundamentais. As normas definidoras dos direitos fundamentais obrigam o Estado a materializar seu conteúdo, de forma que o poder público deve proteger o exercício desses direitos, e exigir providências, principalmente, quando houver inércia do Poder Público. Nesse contexto, o constitucionalismo dirigente desenvolvido por Canotilho se mostra apropriado, pois a Constituição Dirigente não se contém em dispor sobre instruções políticas, mas carrega em seu conteúdo diretrizes a serem seguidas pelo Estado, para que ele possa cumprir as normas de direitos fundamentais.

Em seguida, tratou-se acerca da teoria da omissão inconstitucional e sobre a dogmática processual de dois instrumentos jurídicos presentes na Constituição brasileira responsáveis pelo controle dessas omissões: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Posteriormente, foram expostas as teses jurídicas presentes no Brasil sobre os efeitos da decisão do Poder

Judiciário proferida em mandado de injunção, bem como foi abordada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza jurídica da sentença judicial em mandado de injunção, momento esse em que foi possível perceber a existência de uma divergência sobre qual posição a ser adotada.

Apesar dos avanços promovidos pela jurisprudência da Suprema Corte, percebe-se uma incoerência no que diz respeito às duas últimas posições adotadas por esta Corte. Enquanto no MI 721-7/DF, onde se reivindicava a concretização do direito à aposentadoria especial do servidor público, foi conferido o efeito *inter partes* à decisão, nos MIs 670/ES, 708/DF e 712/PA, onde postulava-se a regulamentação judicial do direito de greve dos servidores públicos, o Tribunal imprimiu ao julgamento efeitos *erga omnes*.

Ao final desse trabalho, reconheceu-se que a teoria da resolutividade é a teoria mais adequada no contexto do Estado Constitucional, pois essa é a única posição que permite que o Poder Judiciário possa exercer o resguardo dos direitos e garantias fundamentais sem ferir o princípio da separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Pillares. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 23 mai. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31 de mai. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Rever ou romper com a constituição dirigente?* Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 15. Abr. a jun. 1996

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9. ed. Belo Horizonte: DelRey. 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em 21 de mai. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. Ainda vive a Constituição Dirigente? *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 21. Jan. a fev. de 2003.

JÚNIOR, Fredie Didier. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estudo constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Serie de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. Universidade Externado de Colombia, 2002.

_____. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. *A Constituição Dirigente realmente morreu?*. Disponível em: <www.viajuridica.com.br/download/158_file.doc>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.
- OLIVERIA, Fabio Correa Souza de. *Morte e vida da Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção: Da inconstitucionalidade por omissão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas S.A., 1999.
- PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: LE, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVA, Christine Oliveira Peter. *A função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro*. Observatório da jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/429/277>>. Acesso em 31 de mai. 2013.
- _____. *A Jurisdição e a Defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília. Universidade de Brasília, 2009.
- _____; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante. *O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_\(mandado_de_injuncao\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-033-Jacqueline_Maria_Cavalcante_da_Silva_(mandado_de_injuncao).pdf)>. Acesso em: 3 de ago. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2, 2002.

VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paulo; SOUZA, Rodrigo Pagani. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.